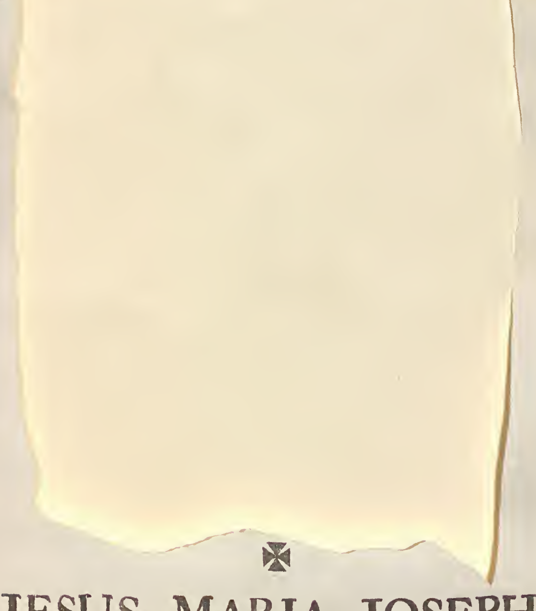
2



JESUS, MARIA, JOSEPH.

P O R

D. FRANCISCO RODRIGUEZ DE ALFARO,

Cavallero del Orden de Santiago.

EN EL PLEYTO EXECUTIVO

Con los Bienes, y menores Hijos, y Herederos de D. Gabriel de Neve, y D. Iustino de Neve y Chabes, Canonigo de la Santa Iglesia de esta Ciudad, su Tutor.

1 EL Pleyto es executivo, y la pretenſion de D. Franciſco que ſe revoque el auto de el ordinario (en que ſin perjuizio de lo executivo mandó, que las partes en 20. dias juſtificaſſen lo que les conviniesſe,) y que ſe ſentencie la cauſa de remate.

2 El fundamento es vna eſcritura de obligacion de D. Gabriel en favor de D. Franciſco de 6600. ducados, por tantos que le preſtô en el año de 77. ſu plazo dos años, que cumplidos ſe executò, y lo han pretendido embaraçar con la defenſa de el Tutor, y Menores, que ſe reduce à aver ſalido à el pleyto, como Terceros contra los bienes de ſu Padre, por la dote de D. Juſtina de Chabes ſu Madre, y arras de 2000. ducados; y tambien por la reſtitucion de lo que importò la legitima, tercio, y quinto, que huvo D. Gabriel de D. Sebaſtiana de Chabes ſu Madre, que dizen los Menores les pertenece; y han intentado ſe les conceda el beneficio de reſtitucion contra la aceptacion de herencia de ſu Padre, y omiſſion de inventario de ſus bienes, para deducir dichos derechos, y obiar la identidad de perſonas de difunto, y heredero, ofreciendo prueba de la leſion, à que correſpondió la juſtificacion de el auto de el ordinario.

3 Y para la mejor inteligencia de el hecho, ſupongo, que à el tiempo de la citacion de remate ſe hizo a D. Juſtino, y ſalió a el pleyto, deduciendo la terceria, y preſentando los inſtrumentos de ſu juſtificacion, y de averle encargado de los diez dias, y no admitido la terceria, apellò, y ſe confirmò por executoria de la Sala, y de buelto el pleyto, aunque ſe hizo alegacion, en que entra confeſſando ſer los Menores herederos de D. Gabriel, y inſiſtiendo en ſu terceria; deſpues ha negado ſerlo, y ha pedido reſtitucion por eſtar leſos.

4 Sin embargo pretende D. Franciſco ſe ſentencie la cauſa de remate, pues por repetidos actos, de que ha preſentado inſtrumentos, conſta de la aceptacion de herencia, y quan lucroſa ha ſido, y es à los Menores, excluyendo à mayor abundamiento la ſupueſta leſion, y reſtitucion.

5 Los Menores, para fundar su terceria, y con ella (antes de la executoria) presentaron vna escritura de venta, que D. Gabriel, y Doña Justina de Chabes su muger, otorgaron de vnas casas, que dizen pertenecian â Dona Justina en la Ciudad de Malaga, confessando aver recebido dos mil y docientos ducados de su precio., y despues han presentado otras ventas de vnos tributos en Malaga, que importaran, como suena en las escrituras, junto con la casa; hasta quatro mil ducados.

6 Tambien presentaron antes de el encargamiento, y executoria vn testimonio de la transaccion, que otorgò D. Justino por si, y como Tutor de los Menores, herederos de D. Gabriel, y por su cabeça con los demâs que lo fueron de Doña Sebastiana de Chaves, con licencia judicial, en que se dize averse hecho particion de sus bienes judicial; de que se dixo de agravios por las partes, y que estavan de acuerdo de ajustar la particion convencionalmente, como lo hazen, y en el testimonio se inserta lo que huvo de aver D. Gabriel, como Albazea, por lo que gastô; debito que confessô Doña Sebastiana averle prestado, y le mandò pagar, que le tocò por renuncia de Doña Sebastiana su hermana, su legitima, tercio, y quinto, en que fue mejorado, que todo suma 14. quentos, y mas maravedis, que le pagan en lo que importan los bienes muebles, que recibiô, en la renta de 14. años de las casas á San Bartolomè, desde la muerte de Doña Sebastiana, hasta la de Don Gabriel; y en lo que recibiò quando se vendiò la heredad de la Pintada, y hasta 5. ò 6. quentos en las dichas casas, y en vnos juros.

7 Y dezian los Menores ser acreedores de su Padre por aquella dote, y dueños de las porciones adjudicadas en esta particion, y que estavan en ser, y acreedores por las que su padre consumió; porque Doña Sebastiana su abuela en la donacion que de su legitima, tercio, y quinto hizoà D. Gabriel, lo dispuso assi, para lo qual presentaron las capitulaciones matrimoniales, cuya clausula en lo tocante á esto dize assi, hablando de lo que Don Gabriel ha de llevar à el matrimonio.

8 *Y mas*

8 *Y mas á de llevar la mejora de tercio; y remaniente de el quinto, que la dicha Señora D. Sebastiana su madre á prometido hazerle de sus bienes para despues de su vida. Y la dicha señora estando presente, &c. en la mejor forma, y usando de la facultad de mejorar, y atento à que este matrimonio, que entre los dichos Don Gabriel, y Doña Iustina se ha de contraer se haze, y efectua de su voluntad, y consentimiento por causa honerosa de el, y para que mejor los dichos sus hijos puedan sustentarse con la decencia ilustre conforme á su calidad, mejorava, y mejorô á el dicho Don Gabriel en el tercio, y remaniente de el quinto de sus bienes, asi de los que tiene, como de los que tuviere de aqui adelante, de los quales le haze donacion pura, irrevocable, que el derecho llama inter vivos. Paraque los tenga, y goçe juntamente con la parte que le tocare por su legitimä, como uno de sus hijos legitimos, para el, y sus descendientes; y à falta dellos (lo que Dios no quiera) á de suceder en esta mejora la persona que dicha señora nombrare; paraque reserba en si facultad, y para revocar el nombrado; y desta mejora à de goçar el dicho Don Gabriel, y sus descendientes, desde el dia de la muerte de la otorgante, reserva el usu fructo; y se constituye posseedora por D. Gabriel:* con clausula de no reuocar. Y Don Gabriel: dize *que aceta la donacion, y mejora de tercio, y remaniente de quinto, que la dicha D. Sebastiana le haze de tercio, y remaniente de quinto de sus bienes, en la forma que se â referido, y le agradece la honra, y merced que con ella recibe.*

9 Por D. Francisco, se presentò testimonio de clausula de el testamento de Doña Sebastiana; en que dize auer mejorado à su hijo D. Gabriel cuya mejora aprueva sin hazer otro algun llamamiento, y para convencimiento de la supuesta transaccion, y alegacion que contra ella avia hecho de auer sido el animo solo dar á entender, no auer caudal de Don Gabriel, pues le adjudican en pago, y le cubren todo su â de auer con partidas, que se dize auia recebido sin justificacion ninguna, en la de el recibo de el precio de la heredad de la pintada; que se referia á instrumento por el, de que presentò testimonio, constó aver recevido menos de lo que le cargavan 24368. reales, que aunque de estos se baxen los 750. ducados, que se dize cobrô de la viuda de el

B Gene-

General Granada, toda via quedan 16118. reales, y tambien le cargaron, y hizieron pago con 85800. reales por lo que auian rentado las casas à S. Bartolome desde la muerte de D. Sebastiana; siendo assi, que por las escrituras que truxo à los autos constò que quien arrendò fueron D. Justino, D. Gabriel, y D. Rafael de Neve, que confiessan todos auer recebido la renta; por que mal se le podia cargar toda à Don Gabriel, y aunque para ello se trajo testimonio de la particion judicial, hecha viviendo D. Gabriel en que se le cargô lo que hasta entonces auia corrido, se dezia que no podia embaraçar: pues era de particion, que consintieron no se executasse haziendo otra, y de ella se auian expressado agravios, y era de mucho menos tiempo el cargo de aquella que de esta.

10 Tambien presentô Don Francisco diferentes instrumentos de ventas hechas por D. Justino, como tutor de los menores herederos de Don Gabriel, de vna heredad vn mulato, vn negro, y vna berberisca, quatro mulas de el coche, que todo importa dos mil ducados, y poder que dio para cobrar en Indias el procedido de cinco pipas de vino, proprias de Don Gabriel, y el arrendamiento que hizò de vn sitio en la Costanilla, (que por la escritura que despues se presentò son tres casas, y dos sitios que quedaron por muerte de Don Gabriel, y gozava de por vidas cuyo mas valor de renta vale mil ducados;) y de otro de los instrumentos consta auer vna esclavilla, que D. Gabriel dexó á vna de sus hijas; y para manifestacion de el mas caudal, que por su muerte dexó; presentó inventario que hizó poco antes que muriesse; auiendo fallecido la dicha D. Justina, en que consta el considerable menaje plata, y demas, y vna parte de juro en millones de Sevilla de 48002. maravedis de renta, y en este inventario, specifica lo que ha vendido de los bienes de D. Justina que son los tributos de los instrumentos, que an presentado los menores; y dize quanto recibiò por cada vno: que es muncho menos de lo que suena en las escrituras.

11 Fundando por este medio, que el inventario, que se

se auia presentado por el tutor; sobre estar hecho pendiente este pleyto, y dos años despues de la muerte de Don Gabriel se convencia diminuto por dichos instrumentos, que tambien calificavan ser los menores herederos de su Padre; porque procedia legitima la execucion, pues qualesquier acciones que tuviessen, se hallavan excluidas con la personalidad de herederos por la acetacion, contra que, ni la omision del inventario no se podian restituir, ni tenian lesion, resultando tan considerables efectos, y embolsos en que aun quando tuviera fundamento su pretension auia para satisfacer vno, y otro en lo extante; assi en efectos adjudicados en la transaccion, como en las casas à la costanilla juro de millones de el inventario, falta de lo cargado por la heredad de la pintada renta de las casas â S. Bartolome, esclavilla, pipas de Indias, pipas toneles, y vino de el inventario, menaje, y plata, y lo cobrado por los menores, que componen sobrado para satisfacerse todo, y quedar considerable herencia.

12 Y se alegaba tambien, no auer en que fundarse la supuesta pertenencia á los menores de la mejora, y legitima siendo contraria la clausula, y lo executado en ella contemplando solo a Don Gabriel, que como propria la pretendiò en todas las ventas, y particiones; y los menores por su cabeça formando la quenta, y augmentando el cuerpo de hazienda con lo que auian redituado los bienes despues de la muerte de D. Sebastiana, que fueron 14. años, y tan considerables que solo los de las casas fueron los 85800. reales; que tanto menos huviera importado la mejora; pues â pertenecer á otro los frutos eran proprios de Don Gabriel de que no podia auer duda.

13 Con este hecho, y meritos está visto el pleito en remission, cuya autoridad precisa à esta parte à el maior reparo en la justificacion de su derecho, y à solicitar traer a la memoria de tan superior Senado los fundamentos que le asisten: *Quia veritas sæpius exagitata magis explendescit in lucem, iuxta Pontif. in cap. grave 35. quæst. 9.* que se procurara executar con la maior brevedad, y atendiendo à que se obra menos,

nos, quando mas ſe clamorea: *c. oſius Epiſcopus 2. de elect.l. 1. in fin.C.de ſtud.lib. 11.* ibi: *Ne ve linguarum confuſio permixta, vel vocum, aures quorundam, aut mentes à ſtudio literarum auertat.* Tocando lo mas principal en eſte apuntamiento, que ſe reducira á tres puntos. En el primero los meritos de el pleyto para la ſentencia de remate que eſpera eſta parte. En el ſegundo ſi la reſtitucion, y terceria de los menores la puede embaraçar, o ſuſpender. Y en el tercero, que derechos ſon los que repreſentan para decirſe leſos; pues no teniendo alguno correrà mas ſin queſtion la via executiva. *Ad rem ergo.*

PRIMERO PUNTO.

14 LA ſentencia de remate es tan preciſa, como fundada en la eſcriptura de obligacion (de que no ſe duda) teniendo eſte efecto de la ley de el Reyno expreſſa 1. *tit.21. lib.4. recop. cum vulg.* ſin tener mas extenſion de terminos de el que prefinio *la* 2. *y* 3. de el miſmo titulo, que ſon tan preciſos para con el reo, que eis tranſactis, ni aun inſtrumentos ſe le admitieron en ſentir de algunos, aunque ex ſtilo fundo lo contrario lato calamo: *Et omnia congerens Pareja de inſtr. ædit. tit. 6. reſol. 6.* pero es con temperamento, *ſi præmanibus habeat; nam ſi terminus ad adducendum petatur, neutiquam audiendum credimus, tunc enim maxima differendæ litis ocaſio præveretur adverſus: dict.l.2.* ita ipſe *num. 18.* idem in juramento calumniæ, quando creditor abſens eſt: *ex Rod. Suar.Guttierr. & ipſum Pareja tit.7. reſol.6.ex n.1.*

15 Y la via executiva eſtà legitimamente ſubſtanciada con la citacion de remate hecha à Don Juſtino, como tutor, ſin embargo de que haſta entonces, no conſtava en el pleyto de acetacion de herencia; pues para la validacion de ella, baſtara el que deſpues conſtara, como conſtò de las antecedentemente hechas, aun en execucion pedida contra el heredero, y ſus bienes lo ſienta por conſtante: *Parlador. rer. quotid lib. 2. c.fin.4.p.§. 1. num.1.* ibi: *conſtare tamen debet, ipſum eſſe hæredem, vel à principio executionis, vel intra opoſitionis tempora, ſicuti noſtrates loco proximo.* Y el ſerlo ſe manifieſta

ſta por tan repetidos actos, como conſtan de el pleyto, ſin que el negarlo pueda embaraçar; pues la voluntad, y animo de acetar, melius facto, quam verbis inducitur. *l. Paulus reſpondit ff. rem ratam hab. plura D. Valenz. conſ. 17. á n. 12.* fundado en actos ſingulares: *copioſe Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſump. 101. tota*, y nada mas cierto; que *plus conſentit factum, quam verbum. ad l. 3. §. falſus, ff. rem ratam cap. dilecti de appel.*

16 Baſtando qualquier acto, aunque ſingular, quia conſiſtit in animo, præcipue ſi, vt hic, talis eſt, quod citra ius, & nomen hæredis fieri nequit; *l. gerit. l. pro hærede, & l. 1. ff. de adq. hæred.* quia ex ſolo actu tota hæreditas adita remanet: *Gomez plura. 1. var. c. 9. num. 17.* etiam ſiendo el acto nullo, quia ex eo animus, & voluntas probatur; *l. 3. §. fin. de donat. inter. D. Salg. lab. 1. p. c. 9. num. 12.* Y ſin diſtincion en heredero ſuyo, ô eſtraño; pues con la inmixtion ceſſa el beneficio de la abſtenſion que le compete: *ex Bartul. in l. gerit. ff. de adquir. hæred. & alijs: Parlador d. c. fin. 4. p. §. 1. num. 5. & 6.* Y a no auer inmixtion fuera neceſſaria la acetacion in ſuo; pero auiendola, obra ſu efecto regular que es el nunquam deſinere hæredem eſſe, qui ſemel fuit hæres per immixtionem; *l. ait Prætor §. Papinianus, ff. de minor. Gamm. optime deciſ. 218. num. 8. verſic. ſecundo loco: alios D. Vela diſert. 27. num. 33.*

17 Y en terminos de hijo por ſolo el acto de offerre ſe liti; reſpondendo, aut litigando cum creditoribus patris gerere pro hærede, & ſe immiſcere: *ait Gomez d. 1. var. c. 9. num. 25. verſic. vnum tamen*: & eo non citato propter aſſertionem in petitione iudiciali. *Noguerol. alleg. 7. num. 49. & quod nullam dubitationem in hoc caſu adeſſe.* Siendo eſpecial para el pleyto; pues ay pedimento de los menores en que ſe entran confeſſando herederos de ſu padre: vt diximus *num. 3.* á demas de la tranſaccion *num. 6.* â que precedió pedimento, y licencia judicial; aſſi por la coſa, como por ſer contrato con el tutor; y que la requeria para ſu validacion: *Vt ex Bartol. in l. frater â fratre num. 50. ff. de cond. in deb.* ait *Menoch. lib. 3. de præſumpt. en la 80. nu. 8.*

18 Resultando legitima la citacion, y aun lo fuera la sentencia de remate contra bienes proprios de los menores, qualitas enim obligationis non mutatur à defuncto in hæredem; *l.2.§.ex his ff.de v.o. l. ex contractu, l.miles 6.§. vlt. ff.de re iud cum multis: D.Salg.de protect.3.p.c.5. num.25.* sin embargo de el beneficio de el inventario; *& vulgaria in l. fin. C. de iur. delib.* pues para esto se necesitarà integramente executado, ceptum intra mensem, & finitum in triduum, sin que (*vt ait Carleval. tit. 3:de iud. disp. 9. num. 14.fin.*) *satis sit hæredem allegare beneficium inuentarij, vt gaudeat prærogativis, nisi simul ostendat, & probet, se confecisse rite, & solemniter.*

19 Pero no manifestandolo tal, antes si hecho pendente lite, y fuera de termino sin ninguna solemnidad, y con la formalidad, que parece, diminuto en tanto caudal; no se duda, que no podrà producir efecto, antes bien obrara plene la inmixtion, la extincion, y confusion de actiones de qualquier calidad, que los menores tengan contra su padre; propter identitatem personarum, & concursus incompatibilis actionis, & passionis in eodem subiecto: *ex vulg. l. debitori 7. C. de pactis*; sin que puedan ser oydos, ni para defender sus proprios bienes, ni paraque en los de D. Gabriel se prefieran como terceros; ad mirificè discussa pluribus alatis, & in praxi more suo consulendo per *Carleval cum Regnicolis, & exteris tit.3.de iud.disp.13.tota.*

20 Y estos actos licet sean de el tutor tantum, obran legitima acetacion, ò inmixtion en el menor, en cuyo nombre los executa, sin que se necessite de su intervencion, porque fuera solo practicable en el pubere, no en el impubere, ò infante, vt hic, qui licet fari possit, non habet velle, nec nolle, & quidquid vidit ignorat, quare per tutorem solum exequi debent: *ex l. si infanti C. de iure delib. optime Guttierr. de tutel.2.p.cap.1.num.111.* y en terminos de menor hija funda la inmixtion (aun sin la distincion de edades) *de gestis per Christophorum patruum tutorio, aut curatorio nomine*; *Gamm. decis.218.num.4.* y dandose la misma entidad en vna, que otra, y que obran el mismo efecto: *ad l. & si quis impediat §.plerique de relig.& sumpt.funer.* deverà ser igual la aplicacion.

21 Sien-

21 Siendo lo referido ageno de queſtionarſe, quando aſiſte à eſta parte el maior fundamento en la executoria de la Sala, conque quedò confirmado el encargamiento, ſin atender à las tercerias en que ſe inſiſtia; quare ni en ellas ſe podrâ ventilar, ni dudar fue el tutor por los menores parte legitima para la citacion: *ad l.1.ff.de re iud. cum congeſtis à D. Valenz.conſ.68.& 72.* principalmente aſiſtiendo las tres identidades de la *l. cum quæritur cum duabus ſequentibus de except. rei iud.* dandole la calidad de executivo, aun quando faltara en el pleyto: *Et ſic non eſt amplius de quo conquerere poſſit, cum res iudicata de albo faciat nigrum, & de falſo verum; proſequitur cum alijs D. Salg.lab.3. p.cap.1.num.26.* in creditore ſe conquerente de gradu poſteriori habens prælationem ex inſtrumento.

22 Y aunque ſe pretendiò excluir eſta defenſa con la aplicacion de la doctrina de los *Add. ad D. Molin.lib.4.de primog.cap.9.num.40. in fine*; parecia no tocar à los terminos de eſte pleyto; pues la addicion es à numero muy eſtraño de el, y que ſu materia, ſe reduce à la duda de lo que obra la excepcion dilatoria, quæ in initio litis opponitur, y ſi juſtificada incontinenti ſuperſederi debet, an veró ad diffinitivam reſervanda, que es de lo que queſtionava el *Señor Molina con la l.5. tit.10.p.3. y la l.10.tit.5. eadem partita*, y latamente de eius materia plura adducit: *Carleval. de iud.tit.2. diſp.5. tota*; y añaden los Addicionadores (con la formalidad de opponerſe in vim dilatoriæ, aut in vim peremptoriæ: *ad l. tranſacta ff. de V.S.*) ibi: *Simili modo exceptiones oppoſitæ in ingreſſu, & initio executionis, & ſi repelantur, poſteâ opponi poſſunt in ſententia diffinitiva, vulgo remate, & hoc in vim peremptoriæ.* Quod nemini dubium, ſi ſe opuſo para embaraçar la execucion, que ſe pretendia alguna de las excepciones de los diez dias, quæ continentur *in dict. l.1.tit.21. lib.4.recop.* pues no juſtificada incontinenti ſuperſederi nequit; porque illico ſe á de deſpachar la execucion: *vt in l.2.ſeq.* nihil ergo mirum, que deſpues en los diez dias, ſe aya de oyr en ella a el reo ſin embargo de que ſe executorie la execucion.

23 Pero en nueſtro caſo, el *repelantur*, fue por vna executoria en nulidad opueſta de citacion, y encargamiento por no ſer los menores herederos; agraviandoſe de ello, y de no auerſe admitido la terceria, que tunc ſe hallava juſtificada con los miſmos inſtrumentos, que oy ſe pretende, ſobre que huvo conocimiento de cauſa, y la executoria, que obſta legitima, paraque ni ſe atiendan las tercerias, ni la diverſidad de perſonas entre D. Gabriel, y menores; para que actiones confuſæ non remaneant, & exequi poſſit in eorum bonis, vt fundabamus, como ſequela preciſa de la citacion confirmada, y encargamiento, que implicara no ſiendo herederos.

SEGUNDO PUNTO.

24 BIen ſe â reconocidò por tan grandes Abogados como los que defienden á los menores lo infalible de eſtos fundamentos, y aſſi an recurrido para excluir la ſentencia de remate, ſuponiendo leſion, a pretender ſe les conceda la reſtitucion jure minoris adverſus additionem hæreditatis paternæ, vel omiſſum inventarium, que ſerá, *adhoc vt liceat eandem hæreditatem, cum inventarij confectione addire*; verba ſunt *Sfortiæ Oddi de reſt.2.p.q.89.art.7.num.51.verſ.fin.* porque parecen de conſiderar los dos remedios ſubſtancialmente vno; pues con la *l.fin.C.de iur.delib.* y ſus privilegios, en el beneficio de el inventario, y ſu reſtitucion, ſe comprehenderà todo; pues no puede conſiderarſe daño en la addicion (à el menos en nueſtro caſo) ſino es en el no auerla hecho con inventario ſegun ſe hazen las defenſas: Quare promiſcuè agendum erit: ad id enim reſtituitur in quo læſus, non ad totum contractum: *ex l.ſi res æſtimata ff.de iur.dotium, & teorica Bartol. in l.ſi quidem C.de prædijs minor. Rod. Suar. alleg. 25.num.5.*

25 Fundaſe la reſtitucion adverſus additam hæreditatem que competa à el menor *in § extraneis inſt.de hæred.qual. & dif.l.1 & in auth. ſi omnes C.ſi minor ſe hæred.abſt. plures, apud Sfort. 2.p. de reſt. qu.62 art. 2. toto:* & adverſus omiſſum inventarium

ventarium; ipse *d. 2. p. q. 89. art. 7. ex textu in Auth. de heredib. & falcid. § pupillis, colat.* 1. Y aunque en lo general prout sonant, no negaremos estos principios, tamen en la aplicacion á los meritos, y hecho de este pleyto se excluien manifiestamente ex sequentibus.

26 Primo, porque el remedio de la restitucion en este caso (vt est dictum) fundatur *in d. § pupillis.* Vbi Imperator, duplex quoddam subsidium, & per restitutionem, & per viam contra negligentes tutores, vel curatores; de que resulta ser primero de recurrir el menor contra su tutor, que intentar la restitucion, *in subsidium restitutio:* ait *Glos. in d. § pupill.* idem tenet *Monticulus de invent. cap. 13. num. 205. fol. mihi 262.* quod repetit in *Antiphanucio post tractatum num. 97. defendendo Alciatum*, quia sumus in alternativis, in quibus datur electio, *l. plerumque ff. de iur. dot.* & ista reo, non actori; *l. sticum de solut.* & pupillus actor est, estque concursus remedij ordinarij, & extraordinarij, & iste cessat cum illo *ad l. in Provinciali ff. de op. nov. nunt. l. 1. ff. de publ.* no pudiendose dudar ser el remedio de la restitucion extraordinario, y subsidiario, *ad l. 1. & toto ff. de minor.* ergo antes de intentar la restitucion debieran los menores convenir à su tutor; pues lo tienen, y tan solvente: *Vt dixit Monticulus, ad idem Giurba decis. 1. num. 46.* agens de minori læso ait: *Non restituitur, sed prius discuti oportet, si solvendo est procurator, & eo non solvendo restituitur:* sequitur & ait: *Sicuti nec minoribus restitutio conceditur, si in tutoris, aut curatoris sui bonis consultum eis est, cum pluribus:* quibus addo in terminis: *Ciriac. controv. 294. num. 7.* vbi *magnam esse authoritatem glos. concludit*; y añade *Giurba immo nec semper restituitur minor si solvendo, nec sit procurator.*

27 Secundo, quia res non est integra, como se ajusta de los autos, & integra requireretur ad restitutionem postulandam: *ad l. quod si minor § scevola ff. de minor.* ibi: *Minor enim, qui ad paratam pecuniam laboribus substituti venit audiendus non est:* Qui in fortioribus terminis loquitur, quanto dista la acetacion de la repudiacion, y es decisorio de este punto, y lo trae para su fundamento in casu restitutionis

adver-

adversus omissum inventarium, & hæreditatis additionem: *Sfortia d. 2. p. q. 63. art. 2. toto*; vbi plena manu de concordia, *cum text. in l. fin. C. de repud. hæred. Menoch. cons. 714. lib. 8. n. 4. Craveta cons. 151. n. 29.* y con tanta precision, que aun siendo de conceder la restitucion fuera, taliter; *quod quidquid ad eum pervenit, vel ex emptione, uel ex venditione, vel ex alio contractu, ante omnia á minore restitui debet, ex l. ait Prætor in fine l. 1. C. de reput. quæ fiunt in jud. rest. in integ.* quia restitutio fundatur in æquitate, & debet esse reciproca, & sic licet non exprimatur in sententia subintelligirur; prosequitur plura comprobans in specie restitutionis inventar. & hæreditatis additæ, *Gratian. disceptat. for. tom. 4. disc. 720. à n. 12. vsque ad 28.*

28 Ad idem *Gamma decis. 218. n. 6. vers. secundo*, en hijo menor, que se mezclò per se, vel per tutorem, vt dicebamus. ait: *Quia revocatio concedi non potest nisi re integra, & nullo modo diminuta, seu implicita; quo casu si res integra non sit, non subvenitur filio semel immixto per beneficium restitutionis prætextu minoris ætatis, & adducit d. §. Scevola l. quod minor, & DD. & sequitur: Præterea dicebat, non esse similem revocationem immixtionis, revocationi abstensionis, quia hæc simpliciter conceditur, etiam non probata alia læsione, nam satis ex ipsa abstensione præsumitur læsus minor, ex l. 1. in fin. C. si minor se abst.* No solo comprobandonos esta segunda exclusion en los mismos terminos de hijo, que se mezclò, y pretende la restitucion, sino dando fundamento para la tercera siguiente.

29 Tertió, porque aun faltando la calidad de subsidiaria, y dandose integra, & non distracta hæreditas, toda via para que les compitiesse este remedio à los menores; prius de læsione legitimè, & evidenter constare debebat, *ex l. verum § sciendum de minor. Maur. de rest. c. 278. Sfort. d. 2. p. q. 62. n. 19. in additione hæreditatis, & 1. p. q. 36. art. 2.* vbi: *Quod non sufficit ostendere, quod adsunt creditores, seu lites*; antes si lesion con tal evidencia: que convenza, *quod adsunt centum æris alieni, & quod hæreditas non ascendit ad valorem, 80. verissimam praxim ita referens, ipse Sfortia d. q. 36. art. 7. n. 60. ex Bart. Alex. Imm. Guid. Pap. & alijs.* Y en la de la omission de

el

el inventario: *Ipsa Sfort. q. 89. art. 7. n. 58. Vt non procedat restitutio, nisi minor doceat de læsione*; y añade: *Et conclusio hæc non habet difficultatem, quia clarum est, quod nulla restitutio conceditur, si non adest læsio, l. nam & postea § si minor, ff. de jur. jur.*

30 Y en la duda con que prosigue de la probança que se requiere para la lesion, *post Bald. in l. 1 in fin. C. si minor se ab hæred.* dicentis, *Sufficere probare in hæreditate adesse lites, & negotia implicita*; reprobandolo asserit *n. 61. Breviter mihi placet illa opinio, quod dicatur in hæreditate non adesse, nisi tot, & æs alienum tantum: ex quo appareat, quod maius est æs alienum, quàm valor hæreditatis; vt dixi sup.* (d. q. 36. art. 7. n. 60. in hæred.) *post Alexand. q. 36. art. 6. quia tunc, qui contrarium assert, probare licebit, l. qui ait ff. de prob.* Y fundan la proposicion en terminos de restitucion pedida adversus omissum inventarium, & inmixtionem hæreditatis; *Rebuf. de restit. art. 1. g. 1. n. 32. to. 2 fol. mihi 120. Tiraquell. de mitig. pœna caus. 44. n. 43. pluribus relatis. Ciriac. controv. 294. n. 5.* en terminos de inventario hecho longè post mortem patris.

31 Y siendo tan ciertas estas doctrinas, que nulla tergiversatione celari possunt, se hallan ademàs confessadas por parte de los Menores, conociendo por tan precisa esta prueba de lesion, que insta en la confirmacion de el auto de el Ordinario que se la concediô con las calidades de sin perjuizio, y demás de el auto; sed salva pace, parecia no poder correr, ni la suspension de el juizio executivo; antes bien, que és, de revocar, y sentenciar el pleyto de remate; y lo mas que se pudiera pretender (aviendo algun derecho, quod negamus) fuera vna reserua, que es lo mas terminante à el estado de el pleyto.

32 La via executiva està legitimamente seguida, sobre que ay executoria, y â ella salen los Menores, ò como herederos executados, ô como terceros, excepcionando, y pretendiendo la restitucion post factam executionem, y citados de remate, y aun passados los diez dias; y considerada assi en la clase de excepcion, ô de officio judicis implorato, *ad l. quod si minor 24. § vlt. ff. de minor. & notatis â Carleval tit. 3. disp.*

16.

16. *n.*27. no puede ſuſpender lo executivo,antes bien ſin embargo de ella ſe debe executar todas las vezes que incontinenti exactis, aut inſtrumento non juſtificatur, ſed altiorem requirit indaginem, ita ipſe cum pluribus regnicolis, *d. diſp.* 16. *n.*28, & 29. Y aunque en los nu.30. haſta el 33 parece funda la ſuſpenſion, dum de læſione agitur, que ſon los que ſe citaron en eſtrados por los Menores, tamen adhuc es tan á favor de eſta parte la opinion, vt videre eſt.

33 Porque en la preciſion de los terminos, y caſo en que vâ hablando, ſe manifieſta no auer ſido de ſentir de ſuſpender, la opueſta in vim exceptionis,atribuyẽndo las autoridades de el *num.* 31. á el caſo de que oponatur ante executionem, & ſic uia actionis, quod clarè demonſtrat *n.* 34. Ver. *Igitur idem prorſus dicemus de reſtitutione oppoſita in vim exceptionis,quæ ſive conſtet ex actis, ſive in continenti intra brevem, & ſummarium terminum proceſſus executivi impediret executionem: ſi verô altiorem requireret indaginem, non obſtaret executioni, quia lapſis brevibus dilationibus executio perficitur.* Repetit, & faciunt numeri ſequentes, y en el 42. hablando de la que ſe pide ante executionem per viam actionis, ait: *Limitanda eſt, ſi reſtitutio petatur ante ceptam executionem, ſecus ſi prius, quám reſtitutio, executio petatur, & cepta ſit, tunc enim non impediet executionem.* Y aunque lo limita quoad iam facta, non quoad facienda, *per text. in l. vnic. C. de integ. reſt. poſt. nil novi*; eſt, vt repetit, *dummodo tamen iuſtificetur læſio in continenti, aut conſtet ex ipſis actis, & ex revolutione cartarum, vt dici ſolet. Cæterum ſi reſtitutio, tamdiu dilata altiorem indaginem requirat, crederem, vt executio illa non obſtante perficienda ſit; iniquum enim eſſet eſſe in poteſtate debitoris creditorem illudere, & differre executionem ſententiæ, vel inſtrumenti, iam ceptam, & ita ſequendam ſententiam. Bartol. in l.*4. *§. condenatum. ff. de re iud.* QUAM SUPERIUS SECUTUS SUM *n.*43

34 Porque no ſe podrà dudar de lo terminante de el lugar, y expreſſo de la opinion; cum multis quos ſequitur en la ocurrencia de eſte pleyto, que ſe trata de ſuſpender con la reſtitucion, y leſion que altiorem indaginem requirit; pues ſe concede termino para ello paſſado el legal, quod impli-

implicat; pues fuera darle mas efecto â esta defensa que el regular: imo quod spreta in integrum restitutione ad executionem procedi debere: ait *ex l.* 11. *tit.* 17. *lib.* 4. *recop.* ipse *Carleval* finem imponendo, *d. disp. ex iure Castellæ n.* 49. & 50. porque procede justificado el agravio de la suspension.

35 Ex ipso capite, se aplica lo referido paraque no considerandolos menores executados como herederos, ni con necessidad de justificar lesion (quod absit) sino siendo vnos meros terceros, que vbieran salido à este pleyto (elegida la mejor defensa, que aconseja *Carleval. d. tit.* 3. *disp.* 13. *num.* 7. & 8.) por su terceria de credito, no se pudiera impedir el curso de la via executiva, porque aunque en lo regular obra esta suspension, vsque quo secundo venienti audiatur super prælatione: *ex l.* 44. *tit.* 4. *lib.* 3. *recop. Bartol. in l. a divo Pio, § si super rebus, ff. de re iud.* omnes Regnicolas, & exteros, apud *Carleval. d. tit.* 3. *disp.* 12. *num.* 5. esto se entiende, y practica en el caso: *vt ipse num.* 2. quando la execucion que se trata de impedir â Titio, *qui habet instrumentum guarentigium contra Sempronium, & post capta pignora, comparet in iudicio executiuo Caius, creditor similiter Sempronij, ex alio instrumento guarentigio, vel sententia in iudicatum transacta*; que es lo que causa la suspension, por la igualdad de instrumentos ambos executivos *ipse num.* 7. y aun con igual instrumento negaron la suspension de la execucion ya començada los que cita en el *num.* 10. pudiendo salvarse su doctrina, y la de *Carleval* con el medio de el *Señor Salgado de protect.* 4. *p. cap.* 8. *num.* 66. ibi: *Euitabit igitur creditor suæ executionis suspensionem, si offerat, & det cautionem in forma depositi in euentum succumbentiæ, qua data procedet executio sua ad vltimum finem*; sin que en ella se pueda recelar el *dificilimè poterit recuperari.*

36 Ni se puede dudar no tener los menores igual via executiva contra los bienes de su padre, que opponer â la de D. Francisco, ni instrumento que la produzga como â creedores; pues para la dotal no lo ay, y los presentados padecen los defectos *de quibus infra*; que aun faltando esta circunstancia, para la cantidad de ellos, y arras; tienen so-

 brado

brado caudal, aun pagando la execucion de esta parte, que bastara para que por terceria de credito, no suspendieran lo executivo: *vt ex Parlador lib. 2. ver. quot.cap.fin. 5. p. §. 11. num. 6.* & alijs: ipse *Carleval. ibidem num. 4. & repetit num. 15. cum d. l. adivo pio, §. si super reb. de re iud.* Maximè quando la insolventia no se presume antes, si el que hæreditas solvendo est, y que ex ea locupletiores facti sunt hæredes, *l. illud §. prædo de pet. hered. quasi augmenta hæreditatis, per quos locupletior factus est: plura D. Valenz. consf. 55. à n. 104.*

37 Ni por la terceria de dominio en los bienes de D. Sebastiana, por la supuesta donacion; ora digan que los possean ex hoc titulo, ô que faltarà la possession, y la duda (que bien la conoce su defensa, pues a pedido prueva) adhuc no impidiera lo executivo: *Giurb. decis. 62. num. 1. quod si tertius, se dominum, & possessorem, non ostendat in promptu, sed terminum ad probandum petat, & in oppositionibus: ita articulat, practicamus tunc, non impediri executionem, tum ex eo, quod tertius non venit paratus: vt DD. concludunt in cap. super de re iud. & in cap. veniens de testi. Tum etiam, quia esset dare materiam dilatandi executionem. Atamen quia oppositiones in se videntur legitimæ, & non reijciendæ, inolevit praxis, quod satisfiat, & creditori, & tertio huic, si pronunciet judex: oppositiones stent: ita quod non impediatur executio, ex Greg. Lop. Covarr. & Barbos. verum agnoscit.* Y sin tanta precision de terminos, sino en lo general, y tercero, que sale con pretension de dominio, que no impida la execucion maximè con la caucion de la *l. is á quo ff. de rei vind. late D. Salg. d. 4. p. de protect. cap. 8. num. 67. & sequ. Carena. resol. 18. num. 8. y Carleval*, la supone por constante in *d. disp. 12. n. 13.* entendiendo en estos terminos, *l. is à quo, & penult. de petit. hered. & DD. quos retulit n. 10.*

38 Y nunca mas bien, que en este caso se puede oponer la falta de justificacion de las tercerias, por la de dote, y mejora, respecto de que vna, y otra se intenta sin quanto liquido, ni es de lo que puede ajustarse, sin formar de nuevo la particion; pues los frutos de los catorze años desde la muerte de D. Sebastiana son proprios de D. Gabriel, y solo se deve atender para el quanto á lo que valian los bienes

tempo-

tempore mortis, principalmente siendo mejora: *ad l. 7. tit. 6. lib. 5. recop. quæ est 23. Tauri.* Quare ex toto capite resultan illi quidas las tercerias, y como tales no pueden impedir lo liquido de la execucion, y instrumento de esta parte, *l. quidam existimaverunt 21. ff. si certum petat. l. statu liber rationem ff. de statu lib. alios apud Carleval. vbi plures DD. tit. 3. disp. 15. num. 5.* in specie debitoris illiquidum offerentis, quod non impediat; porque aun quando fueran in se legitimas, y muy ajustadas no pudieran suspender.

TERCERO PUNTO.

39 EL hallarse el pleyto para determinar en Tribunal superior, y auerse remitido precisa á no contenerse (como hasta aqui se ha hecho) en los meros terminos de lo executivo; passando â los de la causa principal, y fundamento de las tercerias de los menores; paraque reconociendose quan sin ellos se halla, asegure la determinacion *atenta veritate.* Resultando tambien coadjuvado lo que se à discurrido; pues no auiendo derecho en los menores, falta sobre que dar la lesion, y por consiguiente la restitucion, y suspension: *No enim entis, nullæ sunt qualitates, & arg. a cessante causa.*

40 La primera es de la dote, y arras, que estas implica el pretenderlas, quando in omni tempore se haze tan inope à D. Gabriel, y como quiera para su exaccion es preciso que se ajuste el cavimiento in decima bonorum; *ad l. 2. tit. 2. lib. 5. recop. Pater Sanch. de matrim. lib. 6. disp. 29. num 5.* vbi plures; sinque antea agi possit. Y la dote que se funda en las casas, y censos vendidos, que como se refirio *num. 5.* no tienen mas instrumentos, que las ventas hechas constante matrimonio, no constando de reali numeratione, sin que perjudique la confession propter præsumptum fraudem donationis prohibitæ inter virum, & vxorem quare dotalibus privilegijs non gaudere: *Tenent quos refert, & sequitur addendo D. Covarr. Faria. lib. 1. c. 7. num. 4.* porque sin ajustar el recibo, y la pertenencia; non potest agi; y aun en terminos de poderse estar â la confession, esta resulta convencida por

la aſſercion de D. Gabriel, en el inventario que hizo por muerte de Doña Juſtina. en que refiere lo que en la verdad recibiò (que no podia ſer menos, pues ſuenan algunos de los tributos concurſados) que es mucho menos; quare no ſe le podrâ pretender mas que el efectivo embolſo, pues no ſiendo alajas eſtimadas tempore dotis, executada la venta interveniente vxore, *non poteſt agere ad intereſſe* (quando aqui lo huviera) *ſed ſimplici æſtimatione rei debet eſſe contenta, vel prætio, quod pro re habuit maritus cum conſentienti non fiat iniuria, vt verbis vtar Petr. Barboſ. ſolut. matr. in l. ſi æſtimatis* 51. *n.* 34. *ex l. cum donationis C. de tranſact. Guttierr. de iuram.conf.* 1.*p.c.*1. *n.*13. vbi adducit tenentes, quod neque ad totum prætium tenetur maritus, ſi ipſe, & mulier receperunt vt hic, licet in contraria reſideat.

41 La ſegunda es la de la mejora en todos los bienes de Doña Sebaſtiana, que ſe adjudicaron à D. Gabriel por ſu legitima, tercio, y quinto, que ſe dize pertenecen à los Menores jure proprio: y en quanto à la legitima, es principio llano, que para gravarla ſe requiere non ſolum la voluntad parentis, ſino tambien el expreſſo conſentimienro de el hijo. *ad l. ſi quando* 35. §.*illud, C. de in off. teſtam.* por la preciſa obligacion de dexarla que tiene el padre. *ad l. quoniam in prioribus C. eodem.* y propriedad, que aun vivente patre ſe le conſidera, *ad l. in ſuis* 11. *ff. de liber. & poſth.* ſiendo tan ſin ſuplemento, y acto de el hijo el gravamen, que ipſe facit, non pater. *Bartol. in l. cum quis n.* 2, & 4. *ff. de leg.* 3. *Palacios Rub. & Suar. apud Gamm. deciſ.* 218. *n.*4. *vbi, quod ideo in patrimonio vinculato poterat executio huius debiti fieri, nam bona maioratus alienari poſſunt pro debitis conſtituentis. Flores de Mena hic. n.*4. plura.

42 Sin que lo ſupla la taciturnidad de el hijo, ni otro algun acto, que no ſea expreſſo, y eſpecifico conſentimiento: *D. Caſtillo* 5. *controv. cap.* 107. *n.*36. *D. Salg. lab.*2.*p. c.*16. *n.* 16, & 17. *in tantum, vt quamvis ipſe filius ingrediatur legitimæ poſſeſſionem vinculo gravatam, & generaliter agnoverit iudicium patris, vel diſpoſitionem approbaverit* ſimpliciter, *vel* generaliter, *aut ſe immiſcuat bonis, illiſque vtatur, & fruatur. Adhuc hæc tacita approbatio nullomodo inducit conſenſum in vinculo, niſi expreſſus, ac ſpecificus accedat conſenſus, & approbatio, etiamſi filius, &*

eius

eius hæredes, per mille annos possidentes, tacuerint. Y aunque se opuso á la vista, que hoc ita, quando sola legitima gravatur, aliter quando aliquid vltra relinquitur, quia tunc actus tacitos sufficere, *ex Add. ad D. Mol. lib. 2. c. 3. ad n. 7. in fin.* con el mismo lugar se excluye; pues dizen: *Vbicumque vltra legitimam aliquid relinquitur in recompensationem gravaminis*, & sic en caso que se dixera, y expressara, que non aliter adquiriesse la mejora, vt per eos citatos, inter quos *Alvar. Valasco lib. 2. consult. 153. n. 18. vers. vnde sublata est.*

43 Non sic en nuestro caso, y mejora, en cuya clausula la haze, y donacion de tercio, y quinto, sin incluir la legitima vsque ad executionem donationis. Ibi: *para que los tenga, y goze junto con la parte que le tocare por su legitima, como à vno de sus hijos,* sin bolverla à mentar, ni Don Gabriel en la acetacion, conteniendose en *la donacion, y mejora de tercio, y quinto, que la dicha Dona Sebastiana le haze* (y aun duplica, y repite) *de tercio, y quinto de sus bienes, y le agradeze, &c.* Luego ni por condicion le gravó, ni D. Gabriel consintió el gravamen (ni lo ay; pues no se comprehendiò la legitima en la donacion, ni en la substitucion, ibi: *A de suceder en esta mejora*) antes todos los actos posteriores fueron contrarios, no solo en las dos particiones, sino en las ventas voluntarias, y hipoteca hecha á favor de D. Francisco legitima, licet las casas estuviessen pro indiuiso, *ex l. si quis putans § servus communis ff. comm. dibid. Andreol. contr. 230. tota.*

44 Procediendo para en quanto à la mejora de tercio, y quinto, el mismo defecto de fundamento, ò se considere sola la mejora, ó junta con la legitima (que no lo està) pues aunque es principio cierto, que el padre, ò la madre puede en la mejora poner ad libitum gravamen de vinculo, ò fideicomisso *ad ll. 17, & 22. Tauri.* serà de ver, si aqui lo huvo, ò si ex verbis donationis jus filijs, aut descendentibus de D. Gabriel independenter ab eo adquisitum fuit, las en que se ha cargado la ponderacion por los Menores. Ita se habent: *Mejorava, y mejorô al dicho D. Gabriel, &c. de los quales le haze donacion pura irrevocable, que el derecho llama inter vivos; para que los tenga, y goze juntamente con la parte que le tocare por su legitima, como vno de*

sus

ſus hijos legitimos para èl, y ſus deſcendientes, y â falta de ellos lo que Dios no quiera ha de ſuceder en eſta mejora, la perſona que dicha Señora nombrare; y de eſta mejora ha de gozar D. *Gabriel, y ſus deſcendientes deſde el dia de la muerte de la otorgante.*

45 In quibus non reperio, ni parece que ſe podrà ponderar ningnna ex qua fideicommiſſum inducatur, quæ ſunt committo, rogo, mando, peto, volo, & ſimilia reſtitutionem denotantia; *ad text. in l. 2. C. comm de leg. §. fin. inſt. de ſing. reb. per fidei relictis, cum allatis á* D. *Mol. d. lib. 2. de primog. c. 1. n. 9.* ni por la clauſ. ibi: *y á falta de ellos;* pues lo mas que pudiera obrar, fuera que poſiti eſſent in conditione, y en eſte caſo numquam cenſentur vocati per fideicommiſſum; *ex g. ordinaria in l. lutius la 2. ff. de hæred. inſt.* ſino es in maioratus inſtitutione, propter naturam ipſius, quia perpetuus; *vt latè D. Mol. d. lib. 1. c. 6. n. 1, & 2. vbi eius Add. pluribus proſequuntur:* ni menos por la reſerva que hizo para nombrar; pues eſta tiene ſu efecto legitimo, en que nunquam hæredi extraneo pertinere poſſit; porque no ſe le puede atribuir otro, y antes convence quan abſoluta conocio Doña Sebaſtiana la mejora, y donacion; pues le puſo la limitacion expreſſa, vt ad extraneos non transiret in terminis donationis facta á Patre filio contemplatione certi matrimonij, mortuo ſine fillijs Patre ſuperſtite; *Cancer. var. tom. 1. c. 8. n. 65* in quibus non immoramur, longé enim abſunt.

46 Lo que parece ſe aplica mas individual, ſerà ſi conſiderada la donacion inter matrem, & filium, de filijs in ea facta mentione habendis in certo matrimonio, ſi filij habebunt vt filij, an verò vt hæredes patris, & ad ſua debita teneantur. Y aunque *Fontanella de pactis nupt. gloſ. 9. p. 1. & Mari. Cust. de donat. to. 2. ſpecial. 25.* cum multis quos referunt in caſu donationis factæ, *filio, & filijs ex eo procreandis*, teneant, eos etiamſi hæredes patris non ſint ſuccedere, quia non vti hæredes, ſed vti filij vocati cenſentur per fundamenta quibus ipſi referunt.

45 Contrariam tamen in caſu donationis propter matrimonium factam *filio, & filijs*, nervo ſe deffendit *Surdus deciſſ. 322. vbi n. 32.* hanc eſſe originalem gloſſæ opinionem, *in l. ſi tibi §. ſi pactus ff. de pactis.* Et hoc propter rationes quas

lato

lato calamo adducit, muy proprias de eſte pleyto ; adfertque plurimos Doctores ita tenentes ; in idem alios adducens ; & *Surdi* opinionem defendens in tali donatione,& caſus contingentia ; *Hodierna ad d. deciſ.*322. *n.*7. añadiendo la razon de ſer tranſitoria ad quoſcumque hæredes , vt dicebamus *n. ant. in fine alios* DD. *referens* , & *Ponte dixit conſ.* 80. *ſub n.* 16. quod ad hoc *vt filijs* , debet dicere *filijs* , *vt filijs* , aliàs , *vti hæredibus* , & *conſ.* 25. *numer.* 3. Quem & alios refert d. Hodiern. *numer.* 28. inter quos *Menoch. libr.* 3. *conſ.* 286. que es en donacion hecha , cauſa matrimonij *filio, & ſuis deſcedentibus* ; & tamen ipſis ſi hæredes pertinere non alias : ex fundamentis conducibilibus concludit. Idem tenet in emphiteuſi ita conceſſi,tanquam magis communis , *Ceval. com. contr. com.* q.326. & in donatione iſtius qualitatis. *Caſanate conſ.*45. *á n.*45. vbi quod nepotes , non accipiunt ab avo , ſed ex bonis Patris cui fuit facta promiſſio , vel meli oratio : *ex l. ſi pactum de probat. l. fecundum de contrah. ſtipulat.*

48 Sed quidquid ſit de quæſtione , nil ad nos ; pues la donacion no la hizo D. Sebaſtiana á Don Gabriel , y ſus deſcendientes , ſino á D. Gabriel : ibi : *Y mas á de llevar* , & ibi : *para que mejor puedan ſuſtentarſe* ; *mejorava* , *y mejoró al dicho Don Gabriel* : & *de los quales le haze donacion pura* ; *paraque los tenga* , *y goze* : & finita donatione : ait , *para el* , *y ſus deſcendientes.* Quare licet nati , non contemplati ; pues aun ſin mencionarlos tuvieran el commodum quia neceſſarij ; pues *Non ſolum donatarij continet* , *quam vxoris* , & *filiorum* , *ac etiam parentum* , *quorum maximè intereſt generum* , & *maritum reſpectivé divitem habere* , *vt honorificentius viverent* ; *vt ait Hodiern. ibid. num.* 30. à que atendiô D.Sebaſtiana con palabras expreſſas: ibi : *y paraque mejor los dichos ſus hijos puedan ſuſtentarſe* , &c. hablando de los dos coniuges ; y quando atendió á eſto no es preſumible , qui ſi eſſe lo contrario privandoles de lo que les concedia ; vt in iſta ſpecie ponderat *Menoch. d. conſ.* 286. *à num.* 23. y con mas razon en eſte caſo ſe aplicaràn los *text. in l. vnum ex familia* § *ſi rem ff. de leg.* 2. & *doctr. quas refert. n.* 26. de no preſumirſe velle gravare ; pues falta lo expreſſo , que ſe requiere in donatione *filio,* & *filijs*; maxime quando en eſta

do-

donacion se conoce, que non fuit res aliena donata, sino tan propria de D. Gabriel, como substancia matris, *ipse n.* 12.

49 Siendo tan falible el que *vti filijs*; que si la donacion fue hecha filio, *& ipse aceptasset pro se, & filijs.* Distinguiendo el acto de la donacion de el de la acetacion, ô considerandolos diversos, tunc non vti filij, sed vti hæredes succedere, & Patri non auo: *ex Bartol. in l.Gallus §. si á parente num.* 4. *Fontanell. cum alijs. Summa ratione viti, eamque in praxi absque vlla dubitatione recipiendam*; afirmat, *d.claus.* 4. *g.* 9 *p.* 1. *num.* 10. licet *Surdus*, qui eam retulit; vbi ab eo citatur, neque *Hodierna ibidem num.* 2. in ea non resideant; sed in distincte, quam retulimus *num.* 47. in vno, & altero casu firmiter teneant; sed *Surd.* non alia ratione impugnat: *propterea, quando legimus, quod Pater est stipulatus pro filijs, intelligere debemus, quod responsum dederit vniforme:* pero no porque niegue lo que dexò sentado, *quando dat soli Patri, quo casu non consideratur persona donantis, sed quia Pater recipit pro filio videtur datum á Patre, & habebunt si hæredes.*

50 Y si en la nuestra en el acto principal de la donacion, y contemplacion filij inclusi non reperiuntur, ni aun en la acetacion, que son los dos fundamentos, que la constituien; á maiorita.e rationis: diremos, que nunquam filijs, vt filius; pues su mencion in verb. sus descendientes, in alium finem, & tanquam matrimonij onus, sicut mulier, & gener, cuya interest, vt ex Hodier. dicebam nu. 48. supra, sinque por esta razon, & quia eius contemplatione, & ius adquisitum, puedan tener participacion (vt in vxore dicebat: *Bartol. in cons.* 10. *lib.* 2. *quem & alios Hodiern. nu.* 31.) mas de la de herederos.

51 Y en terminos de duda, aun la hecha filio, & filijs; fundat *Surd. d. cons.* 322. *num.* 39. quod communis regula stat pro Patre, & Patris contemplatione, & creditoribus, ita vt qui contrarium, probare liquide debet; mas aplicable donde no ay tal expression, y sobre lo que manifiesta la clausula, asiste lo que se executó por D. Gabriel; vendiendo, y disponiendo ad libitum, vt asseritur; y consumiendo, no executandose la mejora en las casas, transigiendo los

los

los menores ſobre los agravios de la primera particion, entrando en ella como herederos de ſu Padre, no ſegregando frutos deſpues de la muerte de D. Sebaſtiana, en vna ni otra particion, que junto con la preſumpcion, y la general de la *l. altius. de ſervitut.* y forma de auer ſucedido excluyera qualquier ſupueſto gravamen, como aun en maiores terminos funda D. *Mol. de primog. lib. 2. c. 6. n. 8. cum ſeq. vbi eius Add.*

52 Ex quibus, parece, que no aviendo en los menores mas derecho, que el de herederos de ſu Padre, fruſtra intentan reſtituirſe contra la addicion, ó inmixtion, conque ſe hallan legitimamente citados de remate, en la qual, ni pudieran ajuſtar leſion, quando non ex alio capite les pertenecen los bienes de D. Sebaſtiana, contra que procede legitima la execucion. Vt quid ergo la prueva, convenciendoſe el agravio de el auto; porque eſpera Don Franciſco ſu revocacion, y que ſe ſentencie la cauſa de remate; ex his quæ libentiſſimè V. D. C. ſubmitto.

Lic. D. Pedro de el Olmo y Valderama.